This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

H. Viollet

41

SUR QUELQUES DIFFICULTÉS

RELATIVES A LA

LITIS CONTESTATIO

PAR

Robert BEUDANT
Chargé de cours à la Faculté de Droit de Grenoble.

GRENOBLE
IMPRIMERIE F. ALLIER PÈRE ET FILS
Grande-Rue, 8, cour de Chaulnes

1891

Digitized by Google

Digitized by Google

FRANCE

A monsieur Viollet
Membre de l'Institut
Hommage respectueux
R. Sendaty

Digitized by Google

Digitized by Google

SUR QUELQUES DIFFICULTÉS

RELATIVES A LA

LITIS CONTESTATIO

PAR

Robert BEUDANT
Chargé de cours à la Faculté de Droit de Grenoble.

GRENOBLE
IMPRIMERIE F. ALLIER PÈRE ET FILS
Grande-Rue, 8, cour de Chaulnes

1891

Digitized by Google

Extrait des *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble,* tome III, n° 2

Digitized by Google

SUR QUELQUES DIFFICULTÉS

RELATIVES A LA

LITIS CONTESTATIO

La théorie générale de la *litis contestatio* a été présentée pour la première fois d'une façon complète par Keller en 1827, et on peut dire encore, après soixante-quatre ans écoulés, que les idées du savant professeur allemand n'ont été réfutées depuis lors que sur des points de détail[1] ; le dernier auteur français qui ait écrit sur la matière, M. Joseph Tardif, n'a fait que compléter en les coordonnant les solutions acquises[2], et les études si pénétrantes de MM. Wlassak et Eisele sur la procédure romaine n'ont point apporté de modifications essentielles aux doctrines déjà connues[3]. Ce serait donc faire œuvre inutile autant que présomptueuse que d'entreprendre un nouvel exposé d'ensemble sur un sujet qu'on peut considérer désormais comme étant presque épuisé. Si pourtant les plus importants principes relatifs à la *litis contestatio* semblent acquis à la science, cer-

[1] Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Rœmischem Recht*, Zürich, 1827.

[2] Joseph Tardif, *Étude sur la Litis Contestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français*, — thèse pour le doctorat soutenue devant la Faculté de droit de Paris le 11 juillet 1881.

[3] Voy. notamment : *Abhandlungen zum Rœmischen Civilprocess*, von Dr. Fridolin Eisele, Professor an der Universitæt Freiburg (Freiburg, 1889); — *Rœmische Processgesetze, ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, von Moriz Wlassak, Professor in Breslau (Leipzig, 1888); — *Die Litis Contestatio im Formularprocess*, par le même (Leipzig, 1889).

Digitized by Google

taines questions secondaires restent encore bien obscures et méritent au plus haut point de fixer l'attention. Le but qu'on se propose dans la présente étude est d'apporter quelques éclaircissements sur plusieurs de ces difficultés, en prenant d'ailleurs comme point de départ et comme base de ces recherches nouvelles les données anciennes que fournissent les travaux antérieurs.

I.

C'est une question depuis longtemps ouverte que celle de savoir si la *litis contestatio* doit être regardée comme un contrat ou bien comme un quasi contrat judiciaire. Les interprètes du droit romain ont présenté des arguments en faveur des deux opinions en présence, et la controverse n'est point encore éteinte, bien que le plus grand nombre des auteurs semble incliner aujourd'hui à voir dans la *litis contestatio* un véritable contrat[1]. Quoi qu'il en soit d'ailleurs de la solution, ceux qui discutent sur ce point n'ont pas, peut-être, assez nettement indiqué quel intérêt s'attache à la controverse qui les divise ; il semble, quand on les lit, que le problème n'ait d'importance qu'au point de vue de la seule classification juridique, et l'intérêt alors s'en trouve notablement diminué, car, s'il est curieux de remarquer que la *litis contestatio* consiste essentiellement dans un accord volontaire des deux plaideurs, il importe au contraire assez peu de savoir si cet accord présente les caractères d'un contrat proprement dit, ou bien seulement ceux d'un quasi contrat.

La controverse a cependant un autre intérêt que celui-là, et qui mérite d'être mis en relief, car il sert de base à un argument décisif qui tranche le débat. Pour comprendre cet intérêt, il faut se demander quelle capacité devait avoir la personne qui figurait dans une *litis contestatio ;* et il est facile de montrer que la réponse à

---

[1] Voyez l'exposition complète de la controverse et l'indication des opinions émises par les principaux auteurs dans Tardif, *op. laud.*, pp. 24 et suiv. — La théorie d'après laquelle la *litis contestatio* n'aurait été qu'un quasi contrat a été défendue surtout par Savigny, *Traité de droit romain* (traduction Guénoux), VI, pp. 33 et suiv.

Digitized by Google

cette question varie suivant qu'on voit dans la *litis contestatio* un contrat ou un quasi contrat.

Il n'existe nulle part, dans les compilations de Justinien, une théorie doctrinale des obligations quasi contractuelles. Les Institutes, au titre 27 du livre III, se bornent à indiquer l'existence de certaines obligations, *quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur;* et la suite du texte ne contient pas autre chose qu'une énumération des hypothèses diverses dans lesquelles la loi civile reconnaît et sanctionne l'existence de pareilles obligations. Ces hypothèses sont au nombre de cinq : la gestion d'affaires, l'acceptation d'une tutelle ou d'une curatelle, l'indivision, l'acceptation d'une hérédité, l'enrichissement sans cause. Si maintenant on considère avec quelque attention ces différentes hypothèses, on reconnaît bientôt que les obligations quasi contractuelles doivent être réparties en deux catégories : les obligations de la première catégorie prennent naissance à la suite d'un fait personnel et volontaire de celui qui est obligé, au lieu que les obligations de la seconde catégorie prennent naissance sans que celui qui devient débiteur ait fait aucun acte personnel ni volontaire. Dans la première catégorie rentrent : l'obligation de l'héritier, qui, en faisant adition, se constitue débiteur du legs *per damnationem* mis à sa charge; celle du gérant d'affaires, qui, en prenant l'initiative d'administrer tout ou partie de la fortune d'un tiers, devient responsable de sa gestion vis-à-vis de ce tiers; celle du tuteur ou du curateur, qui, en acceptant sa fonction, devient débiteur d'une reddition de comptes envers l'incapable en tutelle ou en curatelle; celle enfin de la personne qui s'enrichit sans cause, qui, par exemple, reçoit une somme d'argent à titre de paiement sans être créancière, et qui s'engage, par là même, à restituer le montant de cet enrichissement. Dans la seconde catégorie rentrent : l'obligation qui grève le copropriétaire, à raison des dépenses d'entretien faites sur la chose indivise par un autre copropriétaire; celle qui grève la personne dont les affaires ont été gérées par autrui, à raison des dépenses utilement faites par le gérant d'affaires; celle enfin qui grève l'incapable en tutelle ou en curatelle, à raison des avances faites par le tuteur ou par le curateur.

Ces deux catégories d'obligations quasi contractuelles peuvent être caractérisées d'un mot; on peut dire que, dans les obligations de la

Digitized by Google

première catégorie, le débiteur s'oblige, au lieu qu'il est obligé dans les obligations de la seconde catégorie : l'emploi d'un verbe actif dans le premier cas, d'un verbe passif dans le second, distingue bien les hypothèses où le débiteur s'oblige à la suite d'un fait personnel et volontaire des hypothèses où le débiteur est obligé sans qu'intervienne de sa part aucun fait personnel ni volontaire. Or, si le débiteur s'oblige dans la première catégorie d'hypothèses, alors qu'il est obligé dans la seconde, la conséquence toute naturelle sera que ce débiteur ne s'obligera valablement, dans les hypothèses de la première catégorie, que s'il possède la capacité requise pour contracter, au lieu qu'il sera toujours valablement obligé, dans les hypothèses de la seconde catégorie, sans qu'on doive se préoccuper de savoir s'il possède ou non cette capacité. Du moment, en effet, que la volonté de celui qui est obligé n'entre pour rien dans la formation de l'obligation, les qualités ou les vices de cette volonté sont indifférents; c'est au nom de considérations d'utilité ou d'équité que le débiteur se trouve lié, et ces considérations ont autant de force quand le débiteur est incapable que quand il ne l'est pas.

Cette conséquence, à laquelle conduit le simple jeu des principes, est d'ailleurs consacrée d'une façon formelle par deux fragments du Digeste ; le premier suppose une obligation existant à la charge d'un incapable en tutelle ou en curatelle à raison d'avances faites par le tuteur ou curateur, le second suppose une obligation existant à la charge de ce même incapable copropriétaire d'un fonds indivis à raison d'impenses faites sur le fonds par un autre copropriétaire. Voici comment s'exprime Ulpien dans le premier texte : « *Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet; etenim provocandi fuerant tutores ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint*[1]. » Et voici comment est conçu le texte de Paul : « *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam*

[1] Fragment 1 pr., *De contraria tutelae et utili actione*, Dig., XXVII, 4.

Digitized by Google

sine curatore, vel tutoris auctoritate; veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit; nam judicio communi dividundo obligabuntur[1]. » Ce dernier texte donne même une formule excellente de la distinction proposée entre les obligations quasi contractuelles où le débiteur s'oblige et celles où il est obligé ; aucune capacité n'est requise en la personne du débiteur *ubi ex re actio venit,* c'est-à-dire dans tous les cas où l'obligation prend naissance sur sa tête non pas par un effet de sa volonté, mais en vertu de considérations d'équité qu'imposent les circonstances.

Quiconque n'a pas présente à l'esprit cette distinction élémentaire de deux catégories parmi les obligations quasi contractuelles peut difficilement comprendre la controverse qui s'élève sur le point de savoir si la *litis contestatio* est un contrat ou un quasi contrat; c'est en effet de cette distinction que découle tout l'intérêt pratique de la controverse. Cet intérêt est le suivant : si l'obligation qui prend naissance sur la tête du défendeur par l'effet de la *litis contestatio* est une obligation quasi contractuelle, cette obligation rentre, à n'en pas douter, dans la classe de celles qui se forment sans aucune intervention volontaire du débiteur, ce qui revient à dire que cette obligation pourra prendre naissance sur la tête d'un défendeur incapable, tel

---

[1] Fragment 46, *De obligationibus et actionibus,* Dig., XLIV, 7. — Le jurisconsulte, d'ailleurs, rapproche à tort l'hypothèse où l'incapable devient débiteur à raison d'une impense faite par son copropriétaire de celle où il le devient à raison d'un *damnum injuria datum* dont il s'est rendu coupable. Dans cette dernière hypothèse, il ne s'agit plus d'une obligation quasi contractuelle, mais d'une obligation délictuelle ; et, si le pupille est obligé *sine tutoris auctoritate,* cela tient, non pas à ce que *ex re actio venit,* mais vraisemblablement à ce que le jurisconsulte raisonne en vue d'un pupille *pubertati proximus,* auquel appartient comme tel la *doli capacitas* (Instit., § 18, *De obligationibus quae ex delicto nascuntur,* IV, 1). Cette vraisemblance devient une certitude quand on observe avec soin l'économie générale du texte cité. Paul, en effet, quand il s'occupe de l'obligation quasi contractuelle issue de l'indivision, parle à la fois du pupille et du *furiosus;* il ne parle, au contraire, que du pupille quand il s'occupe de l'obligation délictuelle issue du *damnum injuria datum,* et cela pour cette raison très-simple qu'en aucun cas le *furiosus,* dépourvu d'intelligence et de volonté, ne peut avoir la *doli capacitas,* (Instit., § 8, *De inutilibus stipulationibus,* III, 19; — fragment 1 § 12, *De obligationibus et actionibus,* Dig., XLIV, 7).

Digitized by Google

par exemple qu'un *furiosus* ou un impubère *sui juris sine tutoris auctoritate*. De sorte que le débat soulevé sur la nature contractuelle ou quasi contractuelle de la *litis contestatio* se ramène à la question que voici : celui qui figure dans une instance en qualité de défendeur doit-il avoir la capacité qui est requise chez toute personne qui se constitue débitrice par un contrat ?

Que, tout d'abord, le défendeur soit obligé par l'effet de la *litis contestatio* sans aucune intervention volontaire de sa part, c'est un point sur lequel aucune hésitation sérieuse ne peut exister. En effet, les auteurs qui se refusent à voir dans la *litis contestatio* un véritable contrat ne fondent guère leur opinion que sur une seule considération ; ils rappellent que l'origine et la base de tout rapport contractuel résident dans l'accord harmonique des volontés de ceux qui sont parties au contrat, dans ce qu'un texte fameux désigne ainsi : *duorum pluriumve in idem placitum consensus*[1] ; et ils font observer que le rapport de droit créé par la *litis contestatio* n'a au contraire pour origine ni pour base la volonté commune des deux plaideurs. Pour qu'un contrat se forme, disent-ils, il faut et il suffit, la *causa civilis obligandi* mise à part, qu'il y ait un accord de volonté; or, cette condition n'apparaît ni comme nécessaire ni comme suffisante pour que l'obligation qui résulte de la *litis contestatio* prenne naissance sur la tête du défendeur : le défendeur, dans la grande majorité des cas, ne prête son concours au procès que pour éviter les conséquences rigoureuses qu'entraîne l'*indefensio*, et la volonté même concordante des deux parties n'a d'efficacité pour obliger le défendeur que si elle est en quelque sorte complétée par la volonté d'un tiers, celle du magistrat qui organise l'instance; d'où les auteurs dont il s'agit tirent cette conclusion, que l'obligation résultant de la *litis contestatio* ressemble par certains points à une obligation contractuelle, mais sans en avoir tous les caractères, et qu'elle doit être par conséquent rangée parmi les obligations qui prennent naissance *quasi ex contractu*. L'idée dominante et en quelque sorte directrice de cette argumentation, la seule qu'il importe ici de retenir, c'est que la volonté du défendeur ne contribue dans aucune mesure à la formation du rapport juridique résultant de la *litis contestatio;* ce qu'un

---

[1] Ulpien, fragment 1 § 2, *De pactis*, Dig., II, 14.

Digitized by Google

texte de Paul exprime énergiquement dans une phrase souvent redite : « *Judicium etiam in invitum redditur*[1]. » Peu importe, dès lors, que cette volonté du défendeur soit ou non celle d'un incapable; l'obligation qui résulte de la *litis contestatio*, si on lui reconnaît une origine quasi contractuelle, prendra naissance dans tous les cas sur la tête du défendeur, sans qu'aucune distinction doive être faite suivant que le défendeur est ou n'est pas capable.

Si tel est bien l'intérêt qui s'attache à la controverse sur la nature contractuelle ou quasi contractuelle de la *litis contestatio*, la solution qu'il convient de donner à cette controverse ne peut plus laisser place à aucun doute. Dire, en effet, que l'obligation qui grève le défendeur comme conséquence de la *litis contestatio* est une obligation quasi contractuelle, c'est dire, on vient de le voir, qu'un impubère *sui juris* peut devenir débiteur d'une pareille obligation sans l'*auctoritas* de son tuteur, et des textes formels contredisent expressément cette proposition ; les Romains n'ont jamais admis qu'un pupille pût ester en justice *sine tutoris auctoritate*, et cela est si vrai qu'ils lui donnaient un tuteur *ad hoc* pour lui servir d'*auctor* dans tous les cas où il plaidait avec son tuteur ordinaire, et où celui-ci ne pouvait pas l'assister en vertu de la règle : *tutor in rem suam auctor fieri non potest*[2].

La conclusion qui s'impose est donc que l'obligation résultant de la *litis contestatio* est une obligation contractuelle. Depuis longtemps ceux qui partagent cette manière de voir avaient prouvé contre leurs adversaires qu'il peut y avoir contrat bien que l'adhésion de l'une des parties ne soit donnée que sous l'empire d'une pression ; jamais, en effet, on n'a douté que les stipulations prétoriennes ne fussent des contrats, quoique ceux qui s'engagent par de pareilles stipulations ne le fassent que sur l'ordre formel du magistrat, et pour éviter les rigueurs de la *missio in possessionem*[3]. La démonstration qui précède

---

[1] Fragment 83 § 1, *De verborum obligationibus*, Dig., XLV, 1.

[2] *Tituli ex corpore Ulpiani*, XI, § 24 ; — Instit., § 3, *De auctoritate tutorum*, I, 21 ; — Gaius, I, § 184. — Adde : fragment 24, *De testamentaria tutela*, Dig., XXVI, 2 ; — Constit. 1 et 2, au Code de Justinien, *Qui legitimam personam standi in judicio habent*, III, 6 ; — Constit. 1, eod., *De in litem dando tutore vel curatore*, V, 44.

[3] Tardif, *op. laud.*, p. 28.

Digitized by Google

paraîtra peut-être plus décisive encore, car elle puise toute sa force dans les conséquences inadmissibles auxquelles conduit l'opinion contraire. Si l'impubère *sui juris* ne peut ester en justice sans l'*auctoritas* de son tuteur, c'est que la *litis contestatio* doit être regardée comme un contrat proprement dit, et cette donnée fondamentale va servir de point de départ pour résoudre de nouvelles difficultés, dont l'étude fera l'objet des lignes qui vont suivre.

II.

C'est une idée banale que toute personne qui se prétend lésée dans un droit peut s'adresser aux tribunaux pour faire reconnaître à son profit l'existence de la prérogative qu'on lui conteste, et l'action a été maintes fois définie : le droit à l'état de lutte. Or la législation romaine nous offre ce singulier spectacle que le droit contesté, pour la garantie duquel une personne demande la protection des pouvoirs sociaux, sombre, comme on l'a dit, et disparaît dans l'acte destiné à le sauver [1]. Cette consommation du droit déduit en justice forme ce qu'on appelle l'effet extinctif de la *litis contestatio,* et Gaius nous apprend, dans deux passages de ses Commentaires [2], que la consommation s'opère, suivant les cas, *ipso jure* ou *per exceptionem ;* ce que les romanistes allemands expriment fort heureusement quand ils disent que la consommation a lieu d'une manière tantôt directe et tantôt indirecte [3]. Trois conditions doivent être remplies pour que le droit déduit soit consommé directement : il faut qu'il s'agisse d'une action personnelle, que l'*intentio* de la formule soit *concepta in jus,* et qu'il s'agisse enfin d'un *judicium legitimum.* Depuis Keller, les interprètes du droit romain ont cherché par des moyens divers à expliquer la raison d'être de la distinction que fait connaître

---

[1] L'expression est de M. Labbé, dans la remarquable étude sur la *litis contestatio* qui forme l'un des appendices à la douzième édition des Instituts d'Ortolan (*Législation romaine,* tome III, p. 908).

[2] III, § 180 et 181 ; IV, § 106, 107 et 108.

[3] Keller est le premier qui ait proposé ces expressions dans son ouvrage sur la *Litis Contestatio* (p. 82) ; — Cpr. Krüger, *Consumtion,* p. 43.

Digitized by Google

Gaius, et la pluralité de ces explications marque assez qu'aucune n'a paru présenter une solution satisfaisante du problème[1]. Peut-être cependant n'est-il pas impossible de comprendre l'exigence des trois conditions relevées, si on rattache cette exigence à la nature juridique de la *litis contestatio*, nature qui peut être définie par avance de la manière suivante : la *litis contestatio* est un contrat verbal, fort analogue à la stipulation, et formaliste comme elle.

I. — Ihering a répété souvent que, sans la procédure antique de Rome, le droit romain classique n'aurait jamais existé[2], et cette idée très-juste ne trouve nulle part peut-être une confirmation plus éclatante que dans la théorie de la *litis contestatio;* si les caractères et les effets de la *litis contestatio* présentent une si grande originalité, l'explication s'en trouve tout entière dans le cérémonial archaïque des *legis actiones*, et c'est aux formes extérieures de la *litis contestatio* qu'il faut s'attacher si on veut en expliquer la nature juridique.

Ce qui caractérise la procédure des *legis actiones,* c'est le rôle très-effacé qu'y joue le magistrat; il n'organise pas à proprement parler l'instance, et ce sont les plaideurs eux-mêmes qui l'organisent devant lui. Pour le comprendre, il faut se dégager par la pensée, non pas seulement de toute idée moderne sur la procédure, mais même de toute idée se rapportant à l'époque classique du droit romain. Or un phénomène commun se retrouve au début de toutes les sociétés primitives : c'est l'absence d'une autorité judiciaire chargée d'examiner et de trancher les contestations qui s'élèvent entre particuliers ; le pouvoir social est encore trop faible pour imposer sa médiation, la force est le seul juge entre les hommes, et on peut aller jusqu'à dire que la guerre privée a été le plus ancien des systèmes de procédure. La première ébauche d'une organisation judiciaire se manifeste

---

[1] Voy. l'indication de ces opinions dans Keller, *op. laud.*, pp. 82 et suiv.; — et dans Tardif, *op. laud.*, pp. 157 et suiv.

[2] Voy. notamment *Esprit du droit romain* (traduction Meulenaere), IV, p. 17. — Cpr. la remarque analogue de Summer-Maine : « Il ne serait pas inexact d'affirmer qu'à un certain moment du développement des sociétés les droits et les obligations dépendent de la procédure; la procédure n'est pas seulement une sanction des droits et des obligations (*Lectures on the early history of institutions*, London, 1875, p. 252). »

Digitized by Google

quand deux individus, au cours d'une guerre privée, conviennent de cesser la lutte et de confier à un de leurs semblables la solution du conflit qui les divise ; ce recours à l'arbitrage d'un tiers est d'abord purement volontaire, et finit par devenir obligatoire quand l'autorité publique est assez forte pour y contraindre ceux entre lesquels s'élève une contestation : obligatoire est alors le recours à l'arbitrage, obligatoire aussi l'exécution de la sentence rendue par l'arbitre. La législation romaine avait atteint ce point de son développement à l'époque de la loi des douze tables, c'est-à-dire au moment où la procédure des *legis actiones* cessait d'être secrète et se fondait au grand jour ; les Commentaires de Gaius, en faisant connaître les rites de cette procédure, ont rendu cela manifeste, et c'est l'idée générale qui explique le rôle prépondérant que jouaient les plaideurs dans l'organisation de l'instance. Dans la plus ancienne des *legis actiones*, la *legis actio sacramenti*, l'office du magistrat consiste essentiellement à faire cesser la *manuum consertio*, lutte fictive à laquelle les parties se livrent devant lui ; il les sépare, attribue à l'une d'elles la possession intérimaire de la chose, et les oblige à faire en sa présence une convention d'arbitrage. Cette convention, pour être obligatoire, devait être faite conformément au cérémonial prescrit par la coutume ; et, comme le *judex* désigné n'était valablement investi de sa mission que tout autant que le cérémonial avait été régulièrement suivi, il importait qu'aucune contestation ne pût s'élever sur ce point : d'où la nécessité de faire constater par des témoins l'observation fidèle des formes. La *litis contestatio* n'était pas autre chose que ce recours au témoignage ; elle n'était pas seulement un acte solennel faisant partie du rite judiciaire, mais aussi le rite final destiné à établir plus tard l'accomplissement des autres ; de sorte qu'elle résumait la convention d'arbitrage, dont elle n'était, en définitive, que l'aspect extérieur. La nature contractuelle de la *litis contestatio* découle ainsi tout naturellement des formalités de la *legis actio*.

Ces formalités, sans doute, n'ont eu qu'un temps, et ont été remplacées par des systèmes de procédure moins compliqués et plus souples : le système formulaire et celui des *cognitiones extraordinariae*. La *litis contestatio* n'a pas gardé, dans ces systèmes nouveaux, la même nature externe qu'elle avait eue d'abord, mais elle a conservé la même nature juridique ; les formalités de la *legis actio* lui avaient imprimé un caractère contractuel qui ne s'est jamais effacé.

Digitized by Google

Dans la procédure *per formulas*, d'abord, la *litis contestatio* ne consiste plus dans un recours au témoignage, mais dans la remise de la formule par le magistrat aux plaideurs [1]; et, comme cette remise n'est pas l'œuvre des parties mais celle du magistrat, on est tenté de croire que la *litis contestatio* n'implique désormais la formation d'aucun contrat entre les parties. Ce serait pourtant une erreur, car c'est en apparence seulement que la formule se présente comme étant l'œuvre du magistrat; s'il est exact, en effet, de dire que le magistrat rédige la formule et la délivre, il ne faut pas oublier que cette formule n'a de valeur et ne saisit le juge que tout autant qu'elle est acceptée par les parties. Toute instance judiciaire s'analyse en une convention forcée d'arbitrage, et si Paul a écrit que le compromis est l'image d'un *judicium* [2], il serait aussi vrai de dire, en retournant la phrase, que le *judicium* est l'image d'un compromis; c'était en quelque sorte l'idée mère de toute la procédure des *legis actiones*, et c'est resté le principe fondamental des deux systèmes suivants de procédure, que l'organisation de l'instance et le choix du *judex* n'émanent pas du magistrat mais des parties elles-mêmes; d'où il suit que la délivrance de la formule n'organise pas le *judicium* et n'opère pas *contestatio litis* si cette formule n'est pour ainsi dire vivifiée par la ratification commune des deux plaideurs, et on comprend alors que la *litis contestatio* conserve sa nature contractuelle, bien que produite par un acte n'émanant pas en apparence des deux personnes qui contractent [3].

---

[1] Gaius, IV, § 57; fragm. 25 § 8. *De Aedilicio edicto*, Dig., XXI, 1. — Cette remise de la formule ne doit pas être confondue avec la délivrance en double expédition qui est faite aux parties du décret contenant la formule ; cette délivrance était une pure formalité qui s'accomplissait après coup, et n'avait aucun rapport avec la *litis contestatio*. Ce qui constitue la *litis contestatio*, c'est ce qu'on pourrait appeler le prononcé de la formule par le magistrat.

[2] Fragm. 1, *De receptis*, Dig., IV. 8 : « *Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.* »

[3] De ce que la formule doit être vivifiée par la confirmation des parties, il ne faudrait pas conclure que la *litis contestatio* ne se produit pas au jour du prononcé de la formule, mais seulement au jour de la confirmation, constituant ainsi un contrat tout à fait distinct du prononcé de la formule. C'est l'erreur que parait commettre M. Wlassak, dans son étude récente et remarquable d'ailleurs sur la *litis con-*

Digitized by Google

Une remarque analogue doit être faite à propos des *cognitiones extraordinariae*. La *litis contestatio*, dans ce troisième système de procédure, n'a plus, à aucun degré, l'apparence extérieure d'un contrat ; il ne peut plus être question d'un accord sur le choix du judex, puisque c'est le magistrat lui-même qui instruit l'affaire et qui rend la sentence, et on dit simplement qu'il y a *lis contestata* lorsque les deux parties ont exposé contradictoirement à l'audience leurs prétentions respectives [1]. Les jurisconsultes continuent pourtant de reconnaître à la *litis contestatio* le caractère d'un contrat, et cela par la seule force de la tradition ; depuis les origines du droit romain jusqu'à l'époque de Dioclétien, pendant toute la période où les théories de droit avaient reçu leur expression définitive, la *litis contestatio* avait été regardée comme un contrat, et cette manière de voir était si bien entrée dans les habitudes de l'esprit juridique qu'elle fut conservée.

A quelque moment donc que l'on se place dans l'histoire du droit

---

testatio à l'époque formulaire. A l'appui de cette manière de voir sont invoqués des textes qui désignent la *litis contestatio* par l'expression *acceptatio judicii*, marquant par là, semble-t-il, que la ratification de la formule par les plaideurs opère seule *litis contestatio :* Gaius, IV, 57 ; fragm. 25 § 8, *De aedilicio edicto*, Dig., XXI, 1 ; 3 § 5, *De alien. jud. mut.*, IV, 7 ; 32 § 4, *Ad Senatusc. Velleianum*, XVI, 1 ; 24 et 47, *De usuris*, XXII, 1 ; 9 § 6, *Ad exhibendum*, X, 4 ; 5 § 3, *Quibus ex causis in possessionem eatur*, XLII, 4, etc. En dépit de ces textes, l'opinion de M. Wlassak ne doit pas être admise, car elle est en opposition avec un principe élémentaire de droit qui est le suivant : quand la validité d'un acte est subordonnée à la ratification d'une ou plusieurs personnes, l'acte ne prend pas date au jour de la ratification, mais au jour où il a été fait ; c'est ainsi par exemple qu'en droit français moderne la donation entre-vifs, quand elle est acceptée par le donataire dans un acte séparé, ne prend pas date au jour de cet acte, mais au jour où est intervenu l'acte authentique contenant la disposition (article 932, c. civ.). De même ici l'acceptation de la formule n'est pas un acte ayant une valeur propre et distincte, auquel ou puisse rattacher la formation de l'instance, mais un acte purement complémentaire, qui rend la formule parfaite ; il ne reste, en définitive, qu'une formule acceptée, et c'est au jour du prononcé de cette formule que la *litis contestatio* se produit.

[1] Voy. sur ce point les constitutions impériales suivantes : constit. 2 pr., *De jurejurando propter calumniam dando*, code Justinien, II, 59 ; — constit. 14 § 1, *De judiciis*, eod., III, 1 ; — constit. 1, *De litis contestatione*, eod., III, 9 ; — constit. 14 § 1, *De actionibus tempore finiendis*, code Théodosien, IV, 14.

Digitized by Google

romain, la *litis contestatio* apparaît comme étant un contrat[1] ; il faut ajouter qu'elle apparaît comme étant un contrat verbal, analogue à la stipulation, et formaliste comme elle. La chose est évidente dans les *legis actiones;* un contrat verbal, en effet, n'est pas autre chose qu'un contrat où la *causa civilis obligandi* réside dans l'emploi de *concepta verba,* et l'emploi de termes sacramentels est le caractère distinctif de toute la procédure *per legis actiones ;* le contrat de *litis contestatio* ne prend naissance que si les deux plaideurs se sont adressés aux témoins dans la forme traditionnelle : *testes estote*[2].

Quant à la procédure formulaire, il ne semble pas d'abord qu'il y puisse être question de paroles solennelles, puisque cette procédure se distingue précisément de la précédente en ceci, que les parties y exposent en pleine liberté leurs prétentions respectives. Le formalisme, cependant, garde encore une place dans la procédure *per formulas,* car, si la conduite des plaideurs devant le magistrat n'est plus soumise à aucune règle de forme, la formule, au contraire, y doit être conçue en termes sacramentels ; un texte de Gaius le dit expressément[3]. Mais si le magistrat demeure astreint à l'emploi de *concepta verba,* on n'en peut pas conclure, semble-t-il, que le contrat de *litis contestatio* intervenant entre les parties fût pour cela un contrat verbal ; car des *verba concepta* prononcés par un tiers ne semblent pas pouvoir servir de *causa civilis obligandi* entre deux personnes qui n'emploient pas ces *verba.* Pour comprendre que la *litis contestatio* fût un contrat verbal même dans la procédure formulaire, il faut se rappeler ce qui a été dit déjà relativement à l'acceptation de la formule par les parties. La formule, on l'a vu, n'a de valeur que si les parties en font pour ainsi dire leur œuvre et la ratifient ; l'instance n'est vraiment organisée que si les parties approuvent et prennent à leur compte tout ce qu'a fait le magistrat, notamment les *concepta verba* qu'il a

---

[1] M. Labbé (*loc. cit.,* p. 908) fait apercevoir d'une manière très-frappante combien est singulière cette assimilation de la *litis contestatio* à un contrat : « La *litis contestatio* est le début d'un procès, elle suppose un désaccord entre les parties, elle offre l'image d'une lutte, néanmoins elle est assimilée à un contrat. »

[2] Festus, *De verborum significatione,* aux mots *contestari* et *contestari litem.* (Édition Otfried Müller, pp. 38 et 57.)

[3] IV, § 30.

Digitized by Google

prononcés, et sans lesquels la délivrance de la formule n'aurait pas opéré *litis contestatio ;* si bien que les paroles sacramentelles, quoique sorties de la bouche du magistrat, sont appropriées en quelque sorte par les plaideurs, et jouent le rôle de *causa civilis obligandi* dans le contrat de *litis contestatio* qui intervient entre eux.

Reste enfin le dernier système de procédure, celui des *cognitiones extraordinariae,* et l'on y chercherait vainement la trace de *concepta verba* prononcés soit par le magistrat, soit par les parties. Mais, de même, on l'a vu, que la *litis contestatio* continua, dans ce système nouveau, d'être regardée comme un contrat bien qu'elle en eût perdu l'apparence, de même elle continua d'avoir toutes les conséquences qui s'attachent aux contrats verbaux ; elle constituait un véritable contrat verbal à l'époque où les jurisconsultes en avaient analysé les caractères pour en déterminer les effets, et c'est comme un contrat verbal qu'il faut la regarder quand on veut apercevoir la raison d'être des règles qui la régissent encore dans les *cognitiones extraordinariae.*

Contrat verbal, la *litis contestatio* se rapproche de la stipulation, puisque, dans l'un comme dans l'autre de ces *negocia juris,* ce sont les paroles employées qui donnent au contrat son efficacité juridique. Sans doute, il existe entre les deux actes un certain nombre de différences importantes, que les textes indiquent[1] ; mais le soin même que prennent les jurisconsultes de relever ces différences marque bien qu'à leurs yeux les deux actes appartenaient à une même catégorie, celle des contrats formalistes qui se forment *verbis ;* si les Romains n'avaient pas eu cette pensée, ils n'auraient pas plus comparé la stipulation à la *litis contestatio* qu'ils ne la comparent au *mutuum* ou à la vente[2].

---

[1] Voy. l'indication de ces différences dans Tardif, *op. laud.*, p. 30.

[2] Cpr. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain,* pp. 314 et 315 : « Quand nous voyons, dans les écrits toujours si pratiques des jurisconsultes romains, la novation et la *litis contestatio* mises constamment en parallèle, nous pouvons en conclure que ces deux actes avaient entre eux d'autres rapports qu'une analogie purement théorique. Dans la pratique aussi ils jouaient souvent le même rôle et répondaient aux mêmes besoins. La jurisprudence romaine avait mis à la disposition du créancier deux espèces de formules, grâce auxquelles il pouvait transformer, modifier, aliéner sa créance ; la formule de la stipulation et la

Digitized by Google

II. — Cet aperçu rapide du caractère juridique de la *litis contestatio* rend facilement compte des conséquences qu'elle entraînait dans les actions personnelles. Ces conséquences sont indiquées au § 180 du Commentaire troisième de Gaius : « *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum : nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione ; sed, si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.* » Un double principe est posé par ce texte : d'une part le droit de créance qui sert de fondement à l'action est éteint par la *litis contestatio,* d'autre part une obligation nouvelle prend naissance, qui a pour objet un *condemnari oportere ;* et les deux phénomènes qui se produisent, la disparition d'un droit et son remplacement par un autre, sont deux phénomènes inséparables découlant ensemble de la *litis contestatio;* il n'y a pas seulement substitution d'un droit à un autre, mais une véritable métamorphose du premier droit dans le second ; c'est l'extinction même de la créance ancienne qui donne naissance à la créance nouvelle, et on peut transporter ici la formule si juste qu'emploie Gaius à propos de la novation : « *Prima obligatio tollitur, translata in posteriorem*[1]. »

L'analogie de la novation s'impose, en effet, quand on étudie les conséquences que produit la *litis contestatio* dans les actions personnelles ; et cette analogie ne peut paraître surprenante quand on songe que la novation s'opère par la voie de la stipulation, c'est-à-dire par le moyen d'un acte qui appartient à la même famille juridique que la *litis contestatio*. Quelles que soient les différences qui séparent les deux

---

formule de l'action en justice. Ces deux formules, souvent conçues en termes presque identiques, s'employaient parfois l'une pour l'autre. La stipulation jouait parfois le rôle de la *litis contestatio: Praetoriae stipulationes,* disait Ulpien, *instar actionis habent et ut sit nova actio intercedunt* (fr. 1 § 2, *De stipul. praet* , XLVI, 5). La *litis contestatio* à son tour pouvait jouer le rôle d'une stipulation : *Sicut stipulatione,* disait le même Ulpien, *ita judicio contrahitur* (fr. 3 § 11, *De peculio,* XV, 1). »

[1] III, § 176.

Digitized by Google

negotia[1], tous deux apparaissent, on ne saurait le contester, comme entraînant transfusion et translation d'un premier rapport de droit dans un second[2]. Cela revient à dire que la *litis contestatio*, contrat verbal, est l'un des procédés au moyen desquels on peut faire naître des droits de créance ou les éteindre ; la seule particularité que présente ce procédé, dans les actions personnelles au moins, c'est qu'il ne peut faire naître une créance sans en éteindre une autre et réciproquement. Or, si la *litis contestatio* est un contrat constitutif et extinctif de droits personnels, il devient aisé de comprendre pourquoi la consommation du droit déduit en justice ne se produit que d'une manière indirecte dans les actions réelles ; cela tient simplement à la séparation radicale que les Romains ont toujours établie entre les *negotia juris* servant à constituer ou à transmettre des droits réels et les *negotia juris* servant à constituer ou à éteindre des droits personnels : la stipulation et le *mutuum* ne peuvent pas plus servir en matière réelle que la mancipation ou la tradition ne le peuvent en matière personnelle[3]. Quand donc un droit réel est déduit en justice, le contrat verbal de *litis contestatio* peut bien, sans doute, établir entre les parties un rapport contractuel, c'est-à-dire rendre le défendeur débiteur envers le demandeur d'un *condemnari oportere;* mais la *litis contestatio,* par là-même qu'elle est un contrat, est impuissante à faire disparaître le droit réel, qui subsiste par conséquent à côté du droit personnel issu de la *litis contestatio*.

Ce n'est pas à dire pourtant que la *litis contestatio,* si elle n'atteint pas directement le droit réel déduit en justice, soit sans influence aucune sur ce droit ; la consommation, pour n'être qu'indirecte, ne

---

[1] Sur la comparaison de la *litis contestatio* et de la novation, voy. Keller, *Litis Contestatio,* pp. 88 et suiv., — Tardif, *op. laud.*, pp. 182 et suiv.

[2] C'est la définition même que donne Ulpien de la novation, dans le fragm. 1, pr., *De novationibus et delegationibus,* Dig., XLVI, 2 : « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem..... transfusio atque translatio.* » — Cpr. *supra*, p. 16, le passage cité de Gide.

[3] Voy., sur cette distinction des *negotia juris* en deux classes, l'analyse très fine présentée par M. Accarias, *Précis,* 3e édition, tome II, pp. 187 et 188. — L'un des aspects de cette distinction est formulée par la constitution 20, au code de Justinien, *De pactis,* II, 3 : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* »

Digitized by Google

s'en produit pas moins, et, si l'action nouvelle introduite *de eadem re* est recevable *ipso jure*, du moins peut-elle être paralysée par une exception. Rien encore, en cela, n'est fait pour étonner; car, s'il est de principe certain qu'un droit réel ne peut pas être éteint par un contrat, il n'est pas douteux que le contrat peut engendrer une exception qui paralyse l'exercice du droit réel. Les applications abondent de cette idée. C'est ainsi, par exemple, que la servitude prédiale ne peut pas s'éteindre par la simple renonciation que ferait à son droit le propriétaire du fonds dominant : la servitude, en effet, démembrement de la propriété du fonds servant, n'est pas éteinte tant que le propriétaire du fonds dominant n'a pas transféré cette partie démembrée du *dominium* au propriétaire du fonds servant, soit par une *cessio in jure*, soit par l'un quelconque des *negotia juris* qui sont constitutifs ou translatifs de droits réels; mais l'engagement pris par le propriétaire du fonds dominant de renoncer à la servitude n'est pas pourtant dénué de toute efficacité : si, en effet, le propriétaire du fonds dominant, alléguant que la servitude n'est pas éteinte, veut intenter l'action confessoire, cette action peut être paralysée par le propriétaire du fonds servant au moyen d'une *exceptio pacti conventi*[1]. Une autre application nous est offerte encore par la matière des servitudes. La servitude étant un droit réel, les propriétaires du fonds dominant et du fonds servant ne peuvent pas convenir utilement, au moment de la constitution de la servitude, que celle-ci sera éteinte au bout d'un certain temps, ou à l'évènement de telle condition; mais une pareille convention peut servir à paralyser, au moyen d'une *exceptio pacti*, l'action confessoire que le propriétaire du fonds dominant voudrait intenter contre le propriétaire du fonds servant après l'arrivée du terme ou l'évènement de la condition[2]. Les choses se passent d'une manière identique lorqu'un droit réel est déduit en justice; le droit n'est pas éteint par la *litis contestatio*, mais toute action nouvelle intentée pour la garantie de ce même droit par le même demandeur contre le même défendeur peut être paralysée au moyen de l'exception *rei in judicium deductae*,

---

[1] Fragment 4 § 12, *De doli mali et metus exceptione*, Dig., XLIV, 4.

[2] Fragment 4 pr., *De servitutibus*, Dig., VIII, 1 ; — frag. 56 § 4, *De verborum obligationibus*, XLV, 1.

Digitized by Google

laquelle est engendrée par le contrat verbal de *litis constestatio*.

En résumé, ce n'est pas en vertu de principes particuliers que la consommation du droit réel déduit en justice s'opère seulement d'une manière indirecte, c'est par application des principes généraux qui régissent la distinction des droits réels et personnels. Cette manière de voir ne présenterait aucune difficulté, si le § 108 du quatrième Commentaire de Gaius n'y fournissait une très-grave objection. Il résulte, en effet, de ce texte que la consommation du droit réel déduit en justice, qui s'opère indirectement dans la procédure *per formulas*, s'opérait au contraire directement dans la procédure des *legis actiones*[1]; or la raison d'être qui a été indiquée comme étant celle de la règle en vigueur pendant la période formulaire existait déjà dans la période précédente, où déjà l'on faisait, plus radicalement même peut-être qu'on ne le fit plus tard, la distinction des droits réels et des drois personnels; l'explication donnée paraît donc être insuffisante, puisque les principes qui en sont la base ont existé à une certaine époque sans produire les mêmes effets.

Quelque spécieuse qu'elle paraisse, l'objection cependant n'est pas irréfutable, et doit céder devant l'observation suivante. L'action réelle, dans la procédure des actions de la loi, était introduite sous la forme de la *legis actio sacramenti*, et c'est une remarque partout faite que la question posée au juge dans cette *legis actio* n'était pas la question de propriété ou de servitude qui divisait les plaideurs, mais la question de savoir lequel des deux plaideurs devait gagner ou perdre le pari qu'il avait fait sur le bien fondé de sa prétention ; dans ces conditions, la *deductio in judicium* ne portait pas, à proprement parler, sur le droit réel qui faisait l'objet du litige, mais sur l'exécution d'un pari, de sorte que la consommation du droit déduit en justice ne pouvait en aucune manière s'appliquer au droit de propriété ou de servitude à propos duquel on plaidait ; quand donc on dit avec Gaius que la consommation était toujours directe, on ne dit pas autre chose sinon qu'il était interdit de parier plus d'une fois avec la même

---

[1] § 107 : *Si vero legitimo judicio in personam actum sit, et formula quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae.* — § 108 : *Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat ; nec omnino, ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

Digitized by Google

personne sur l'existence d'un même droit réel, et que quiconque voulait renouveler le pari devait être repoussé *ipso jure*. Rien n'indique, en effet, dans le texte de Gaius qui sert de base à l'objection, que le droit réel ait été éteint par la *litis contestatio;* la seule chose que dise le texte, c'est qu'on ne pouvait pas *ipso jure* intenter deux actions *de eadem re,* et cette solution peut être facilement comprise, sans qu'on soit obligé de recourir à cette explication, choquante au point de vue romain, d'un droit réel directement éteint par l'effet d'un contrat.

Que maintenant la règle ancienne ait été modifiée, il est facile de l'expliquer quand on songe à la différence capitale qui existe entre la procédure de la *legis actio sacramenti in rem* et la procédure *per formulam petitoriam*. Cette différence, c'est que, dans ce dernier système de procédure, la *deductio in judicium* a pour objet le droit litigieux lui-même, tout au contraire de ce qui se passait dans la période primitive; la consommation du droit déduit porte donc désormais sur un droit réel, et celui-ci ne peut pas être éteint, comme un droit de créance, par le contrat verbal de *litis contestatio*. Sans doute les Romains auraient pu, sans admettre l'extinction d'un droit réel par l'effet d'un contrat, décider simplement que la *deductio in judicium,* tout en laissant subsister le droit réel, emporterait *ipso jure* déchéance pour le demandeur de la faculté d'intenter une nouvelle action, de même qu'elle emportait *ipso jure,* dans la *legis actio,* déchéance de la faculté d'instituer un nouveau pari; et l'on a quelque peine à comprendre pourquoi, abandonnant cette manière de voir, ils y ont substitué la distinction connue entre la consommation directe et indirecte. L'explication peut-être est dans ce fait que cette distinction s'était introduite, dès le temps des *legis actiones,* à propos des actions personnelles se présentant sous la forme d'un *judicium imperio continens*[1]; et les jurisconsultes, avec leur esprit toujours logique et systématique, ont dû vite en venir à généraliser la distinction, décidant que la consommation se produirait d'une manière indirecte, aussi bien en matière réelle qu'en matière personnelle, dans tous les cas où

[1] Le § 108 du quatrième Commentaire de Gaius affirme, sans doute, que la consommation était toujours directe dans des *legis actiones;* mais cette affirmation ne doit être acceptée qu'avec une importante réserve, ainsi qu'on le verra plus loin.

Digitized by Google

la *litis contestatio* ne pourrait pas avoir pour effet d'éteindre le droit déduit en justice.

Le passage de la règle ancienne à la règle nouvelle a dû vraisemblablement se produire lorsque la procédure *per sponsionem* a remplacé la *legis actio sacramenti,* en attendant qu'elle le fût elle-même par la *formula petitoria;* c'est, en effet, dans la procédure *per sponsionem* que la *deductio in judicium* commmença à porter, sans aucun détour, sur le droit même de propriété ou de servitude à propos duquel s'organisait l'instance [1]. Or, bien qu'il soit impossible de préciser la date d'apparition de cette procédure *per sponsionem,* on peut affirmer cependant qu'elle entra dans l'usage vers le milieu de l'époque républicaine [2], c'est-à-dire au moment où l'extension de la domination romaine, en donnant naissance aux premiers *judicia imperio continentia,* avait fait introduire dans les matières personnelles la distinction de la consommation directe et indirecte ; la pratique de la nouvelle procédure se répandit de la sorte en même temps que la distinction nouvelle, et on comprend alors que les jurisconsultes, en présence d'une *deductio* portant sur un droit réel, aient décidé qu'il y aurait consommation indirecte, comme ils le décidaient dans les actions personnelles où la créance déduite n'était pas éteinte parce qu'elle était déduite dans un *judicium imperio continens.*

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, de cette conjecture, le point essentiel est d'avoir démontré que le § 108 du quatrième Commentaire de Gaius n'infirme pas l'opinion d'après laquelle l'opposition des droits réels et personnels explique à elle seule que la consommation du droit déduit en justice ait été indirecte dans les actions réelles ; il est facile de comprendre que cette opposition ait existé à l'époque des *legis actiones* sans entraîner les mêmes conséquences.

III. — Il ne suffisait pas, pour que la consommation du droit déduit en justice fût directe, qu'il s'agît d'une action personnelle ; il fallait, en outre, que l'*intentio* de la formule fût *concepta in jus,* et l'exigence de cette seconde condition s'explique encore par la nature contractuelle de la *litis contestatio.*

---

[1] Voy. Keller, *De la procédure civile et des actions chez les Romains* (traduction Capmas), pp. 104 et 105.

[2] Voy. notamment Accarias, *Précis,* 3e édition, II, p. 965.

Digitized by Google

Comme la novation, la *litis contestatio,* quand on l'applique à un droit de créance, a pour effet normal d'éteindre ce droit en le remplaçant par un autre ; il en est ainsi dans tous les cas où la *deductio in judicium* porte vraiment sur un droit personnel, c'est-à-dire dans tous les cas où l'*intentio* de la formule est *concepta in jus,* qu'il s'agisse d'ailleurs d'une action personnelle directe, ou de l'une de ces actions qu'on appelle utiles et fictices. Ce qui caractérise l'action *in jus,* à quelque espèce particulière qu'elle appartienne, c'est qu'elle tend à faire reconnaître au profit du demandeur l'existence d'une prérogative sanctionnée par le droit civil, et l'examen du juge porte sur le point de savoir si un certain nombre de faits qui se sont passés entre les parties (échange de paroles, mentions faites sur un *codex,* accomplissement d'une *res,* etc.) sont constitutifs du *negotium juris* dont le demandeur prétend déduire à son profit les conséquences ; c'est bien le droit allégué par le demandeur qui est déduit en justice, et ce droit est éteint par la *litis contestatio.* L'action *in factum* se présente au contraire sous un tout autre aspect, et peut être caractérisée par cette idée que le demandeur n'y poursuit pas comme but la reconnaissance à son profit d'un droit; c'est une action que le préteur délivre, sans aucun souci du *jus civile,* dans certaines hypothèses de fait où il lui semble équitable de protéger judiciairement un intérêt menacé; le magistrat indique au juge dans la formule les faits constitutifs de l'hypothèse, et lui ordonne de condamner le défendeur si l'existence de ces faits est prouvée. L'examen du juge, dans une pareille action, ne porte donc que sur l'existence de certains faits, sans que jamais la question se pose de savoir si ces faits sont constitutifs d'un *negotium juris;* la *deductio in judicium* n'a pas pour objet un droit, mais un ensemble de faits, et la *litis contestatio,* s'appliquant à ces faits, ne peut pas les éteindre comme elle éteindrait un droit personnel déduit en justice. C'est un principe juridique qui s'oppose à ce qu'un droit réel puisse être éteint par un contrat; c'est le simple bon sens qui ne permet pas d'admettre qu'un contrat puisse effacer un fait, comme l'observe très-justement Tryphoninus dans le texte suivant : « *Facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt*[1]. » La *litis contestatio* servira seulement de base

---

[1] Fragment 12 § 2, *De captivis et postliminio,* Dig., XLIX, 15. — Le motif pour

Digitized by Google

à une exception pour paralyser toute prétention nouvelle que le demandeur voudrait faire valoir à raison des mêmes faits.

Il n'y aurait plus rien à ajouter sur ce point, si une remarque ne devait être présentée à propos du § 108 du quatrième Commentaire de Gaius. La consommation du droit déduit en justice, au témoignage de Gaius, était toujours directe dans la procédure *per legis actiones,* sans distinction entre les droits réels ou personnels, entre les actions *in jus* ou *in factum;* et si l'intelligence de cette règle offre certaines difficultés quand il s'agit d'actions *in rem,* il est au contraire fort aisé d'en rendre compte en tant qu'elle concerne les actions *in factum.* Un mot pour cela suffira : c'est qu'il n'existait pas d'actions *in factum* dans le premier système de procédure, et cela bien évidemment, puisque le pouvoir qu'avait le magistrat d'organiser des actions *in factum* dérivait du pouvoir qui lui appartenait de délivrer des formules. On est généralement d'accord pour admettre que les premières formules délivrées par les magistrats furent précisément des *formulae in factum,* imaginées en vue d'hypothèses où les règles du droit civil étaient insuffisantes pour faire respecter les intérêts légitimes des particuliers [1]; de sorte que, dans ces premières formules, la consommation du droit déduit en justice était toujours indirecte, et cela pour deux motifs : d'une part, l'*intentio* de la formule était *concepta in factum,* et, d'autre part, ainsi qu'on le verra bientôt, le *judicium* était *imperio continens.* C'est seulement plus tard, à partir de la loi Aebutia, qu'il exista des *formulae in jus conceptae,* dont la délivrance opéra consommation directe du droit déduit.

IV. — Une dernière condition devait être remplie pour que le droit déduit en justice fût consommé directement : il fallait que l'action personnelle, *concepta in jus,* fût introduite dans la forme d'un *judicium legitimum.* Les deux premières conditions se rattachent à l'idée que la *litis contestatio* est un contrat; la condition qui vient d'être

---

lequel la consommation s'opère d'une façon indirecte dans les actions *in factum* ne parait pas avoir été nettement indiqué par Keller ; tous les éléments de la solution sont cependant fournis par cet auteur, et il suffit, pour dégager l'idée, de rapprocher les deux passages suivants de ses ouvrages : *Litis Contestation,* p. 118, et *Procéd. civile* (traduc. Capmas), p. 269, note 712. Cpr. Tardif, *op. laud.,* pp. 162 et 163.

[1] Voy. Accarias, *Précis,* 3e édition, II, p. 847.

Digitized by Google

énoncée s'explique par cette idée que la *litis contestatio* est un contrat formaliste.

Les §§ 104 et 105 du quatrième Commentaire de Gaius indiquent trois signes auxquels on peut reconnaître qu'un *judicium* est *legitimum :* il faut, d'abord, que l'instance soit organisée à Rome, ou dans un périmètre d'un mille autour de Rome; il faut, en second lieu, que la qualité de citoyen appartienne aux plaideurs et au *judex* devant lequel l'affaire est renvoyée pour être jugée; il faut enfin que l'affaire soit renvoyée devant un *judex unus*[1]. Quand donc on dit que la consommation directe a lieu seulement dans les *judicia legitima,* cela revient à dire que la *litis contestatio* est un contrat formaliste, qui ne peut se former qu'à Rome, entre citoyens romains, et à condition que le juge choisi soit un *judex unus* et un *civis romanus;* si l'une quelconque de ces conditions fait défaut, ce n'est pas un contrat qui se forme, mais un simple pacte, lequel ne peut pas avoir d'autre effet que d'engendrer une exception.

Pourquoi, maintenant, la *litis contestatio* n'est-elle regardée comme un véritable contrat que sous la triple condition relevée par Gaius? Cela tient à ce qu'un droit reconnu par le *jus civile* ne peut être éteint, comme il ne peut être créé, que par un mode reconnu lui aussi par le droit civil; or les instances en général, et la *litis contestatio* en particulier, n'ont de valeur aux yeux de l'*ipsum jus*, et ne peuvent éteindre *ipso jure* le droit déduit, que tout autant qu'elles présentent les trois caractères indiqués plus haut: c'est ce qu'il est facile d'établir à l'aide des plus simples considérations historiques. Pour le comprendre, il faut se reporter à l'époque de la loi des douze tables, et se demander quels étaient alors les caractères des *judicia* romains. D'abord, Rome n'était à cette époque qu'une petite cité municipale, dont la puissance ne s'étendait que sur un territoire très-restreint; il n'y avait pas ailleurs qu'à Rome de magistrats chargés d'organiser les instances, et ceux qui remplissaient à Rome cet

---

[1] § 104 : *Legitima sunt judicia quae in Urbe Roma vel intra primum Urbis Romae milliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur...* — § 105 : *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris; in eadem causa sunt quaecumque extra primum Urbis Romae milliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur...*

Digitized by Google

office ne pouvaient s'aventurer à une certaine distance de la ville sans tomber aussitôt en pays ennemi. En second lieu, le rituel de la *legis actio* ne pouvait être valablement accompli que par des citoyens, et l'instance ne pouvait être dénouée que par un juge citoyen, en vertu de ce principe, commun à toutes les sociétés primitives, d'après lequel il ne peut exister de liens de droit qu'entre personnes appartenant à une même nationalité. Enfin, le *judex* chargé de prononcer la sentence était toujours un *judex unus;* sans doute les *arbitri* siégeaient souvent en nombre multiple, mais l'*arbitrium* est chose toute différente du *judicium*[1]; sans doute aussi les *judicia,* au lieu d'être renvoyés devant un *judex privatus,* l'étaient souvent devant le collège des decemvirs ou des centumvirs, mais chacun de ces deux collèges, bien que comprenant plusieurs membres, n'en constituait pas moins, en tant que corps, un *judex unus*. Telle était, au point de vue du droit, la physionomie des vieux procès quiritaires, et tous les traits de cette physionomie sont ceux-là mêmes que signale Gaius comme caractéristiques des *judicia legitima;* jamais l'*ipsum jus* ne reconnut un *judicium* comme *legitimum,* c'est-à-dire comme civilement valable, si ce *judicium* ne réunissait les trois caractères qui sont propres aux vieilles instances quiritaires. La consommation du droit déduit s'opérait toujours d'une façon directe dans la *legis actio* primitive : c'est Gaius qui le dit au § 108 de son quatrième Commentaire; et le même jurisconsulte déclare. au paragraphe précédent, que le même effet était produit, dans les actions personnelles et *in jus,* par une instance légitime.

Aucune instance, d'ailleurs, ne pouvait évidemment être légitime si elle ne remplissait une quatrième condition : celle d'être introduite suivant une procédure admise par le droit civil. Une seule procédure était valable à l'origine : celle des *legis actiones;* et la *legis actio* garda son caractère régulier aux yeux du droit civil même après que de nouvelles manières de procéder eurent obtenu droit de cité près d'elle : la procédure *per formulas* à partir de la loi Aebutia, et la procédure extraordinaire, qui devint le droit commun à partir du règne de Dioclétien. Peu importe la succession des systèmes ; le seul

---

[1] Sur la distinction du *judicium* et de l'*arbitrium,* on peut consulter notamment Keller, *Procédure civile* (traduction Capmas), pp. 26 à 31.

Digitized by Google

point important est qu'on n'emploie à chaque époque que des formes régulièrement autorisées par la loi quiritaire.

A côté des *judicia legitima*, constitués à l'image de l'antique *legis actio*, s'introduisit de bonne heure une nouvelle catégorie d'instances, dont les premières sont antérieures à l'avènement de la procédure *per formulas*. D'abord, quand Rome, cessant d'être une cité municipale repliée sur elle-même, étendit au loin son empire, des magistrats reçurent la mission d'organiser les instances dans les provinces. En second lieu, les rapports entre citoyens romains et pérégrins devinrent bientôt si fréquents, que les magistrats investis de la *jurisdictio* dans l'enceinte même de la ville sentirent le besoin d'instituer une procédure qui fût accessible aux *non cives;* ce fut le préteur pérégrin qui prit l'initiative de cette réforme : il faisait comparaître les parties devant lui, consignait leurs prétentions respectives dans un procès-verbal, et les renvoyait, munies de ce procès-verbal, devant deux ou plusieurs *recuperatores* auxquels il donnait l'ordre, en vertu de son *imperium*, de rendre une sentence. L'innovation tentée par le préteur pérégrin fut la première ébauche de la procédure *per formulas,* qui bientôt fut admise par la loi au même titre que la *legis actio;* mais les instances organisées entre citoyens suivant le mode nouveau ne furent plus désormais toujours renvoyées devant un *judex unus :* beaucoup furent tranchées, comme les contestations où figurait un *non civis,* par des *recuperatores* qui ne siégeaient pas seuls. Enfin, à toutes les époques du droit romain, on voit les magistrats négliger, dans un grand nombre d'instances[1], de renvoyer l'affaire devant un *judex* ou des *recuperatores,* et, examinant eux-mêmes le différend, rendre personnellement la sentence; ce sont les *cognitiones extraordinariae* proprement dites, qui constituèrent, comme leur nom l'indique, une procédure anormale, en attendant qu'elles devinssent le droit commun.

A toutes ces instances diverses manquait au moins l'un des quatre caractères propres aux *judicia legitima;* ce n'étaient pas des instances selon le vœu de la loi quiritaire, et les effets qu'elles produisaient n'étaient pas des effets légaux, au sens étroit de l'expression. La

---

[1] Voy. l'énumération de la plupart de ces instances à l'époque classique dans Keller, *Procédure civile* (traduction Capmas), pp. 376 et 377.

Digitized by Google

valeur juridique de ces *judicia,* ne découlant pas de la loi, ne pouvait dériver que de l'*imperium* du magistrat organisateur de l'instance, et c'est pour cette raison qu'ils reçurent le nom de *judicia imperio continentia;* or, c'est un principe qu'un magistrat peut bien, sans doute, en vertu de son *imperium,* amender l'*ipsum jus* ou en combler les lacunes, mais qu'il ne peut en aucun cas ni créer ni détruire un droit reconnu par la loi civile : il a le pouvoir d'accorder une exception par laquelle le droit sera paralysé, mais il est impuissant à l'éteindre *ipso jure;* d'où cette conséquence qu'un *judicium imperio continens,* par cela seul qu'il tire toute son efficacité de l'*imperium* dont il procède, ne peut pas produire des effets qui dépassent la puissance de l'*imperium.* C'est là le vrai motif pour lequel la consommation du droit déduit en justice ne peut être directe sans que l'instance soit légitime; quand une instance n'a pas les quatre caractères qui sont distinctifs de la légitimité, la *litis contestatio* qui intervient au début de cette instance n'est pas un contrat reconnu par le droit civil, mais un simple pacte sanctionné par le magistrat, et qui ne peut, en conséquence, avoir effet sur la créance litigieuse que par la voie indirecte de l'exception [1].

La seule observation qui reste à faire sur ce point, c'est qu'il a existé des *judicia imperio continentia* dès l'époque de la procédure *per legis actiones,* quoique Gaius semble énoncer l'opinion contraire au § 108 de son Commentaire quatrième. Trois considérations le prouvent d'une façon décisive. D'abord, les interprètes du droit romain regardent comme très-probable que, dès l'époque des *legis actiones,* certaines affaires étaient déjà instruites et jugées par le magistrat lui-même, sans renvoi devant un *judex* [2], et de pareilles instances, contraires à l'*ordo judiciorum privatorum,* ne pouvaient pas être regardées comme légitimes; elles ne portaient même pas le nom de *judicia,* mais celui de *cognitiones extra ordinem,* et le jugement qui les terminait, si on l'appelait quelquefois, comme dans un véritable

---

[1] Une explication fort analogue est fournie par Keller, *Litis Contestation,* pp. 111 et suiv.

[2] Voy. notamment en ce sens Accarias, *Précis,* 3e édition, II, p. 1317. La procédure des interdits fournit le plus important exemple qu'on puisse donner d'une *cognitio extraordinaria* à l'époque des actions de la loi ; voy. Keller, *Procédure civile* (traduction Capmas), pp. 88 et suiv.

Digitized by Google

judicium, du nom de *sententia,* était qualifié plus exactement du mot technique de *decretum*[1]. En second lieu, la *recuperatio* a certainement existé dès l'époque de la procédure *per legis actiones,* non seulement pour les contestations où figuraient des pérégrins, mais encore, dans une mesure et en vertu de raisons qu'il est assez difficile de préciser, pour les contestations entre citoyens [2] ; or les *recuperatores* ne siégeaient jamais seuls. Enfin, c'est une idée généralement admise que le premier emploi d'une procédure *per formulas* a été fait par le préteur pérégrin quand il a voulu organiser des instances où pussent figurer des *non cives* [3] ; la loi Aebutia n'a pas fait autre chose qu'autoriser le préteur urbain à suivre l'exemple de son collègue, et c'est assez dire qu'il a existé, bien avant la désuétude de la procédure *per legis actiones,* des procès dans lesquels étaient parties des pérégrins.

S'il existait ainsi des *judicia imperio continentia* à l'époque des *legis actiones,* comment peut-il se faire que la consommation du droit déduit en justice ait toujours été directe à cette époque, comme Gaius paraît l'affirmer au § 108? Les raisons qui empêchaient la consommation d'être directe dans un *judicium imperio continens* ont dû avoir plus de force que jamais à une époque primitive où le formalisme régnait en maître, et l'affirmation de Gaius ne paraît admissible que s'il n'existait pas d'instances illégitimes au temps où l'on plaidait *per legis actiones.* Cette difficulté peut être facilement écartée par une étude attentive du texte dont il s'agit. Le jurisconsulte ne dit pas, en effet, que la consommation du droit ait toujours été directe à l'époque des *legis actiones,* mais seulement qu'elle avait ce caractère quand les parties suivaient la procédure des *legis actiones;* ce qui n'implique en aucune manière qu'il n'ait pas existé, à cette époque et à côté des *legis actiones* proprement dites, des *judicia imperio continentia,* dans lesquels la consommation n'était qu'indirecte.

La fin du texte, il est vrai, pourrait faire douter que cette explication soit exacte, car Gaius y dit en apparence que la con-

---

[1] Voy. Accarias, *loc. cit.,* et Keller, *op. laud.,* pp. 11, 90, 338.— On peut ajouter que le droit de poursuite du demandeur ne s'appelait pas *actio* ou *petitio,* mais *persecutio;* voy. Accarias, *loc. cit.,* et Keller, *op. laud.,* pp. 422 et 423.

[2] Voy. Keller, *op. laud.,* pp. 31 à 35.

[3] Voy. Accarias, *op. laud.,* p. 847.

Digitized by Google

sommation directe était seule possible dans un système de procédure où l'usage des exceptions n'existait pas, la consommation indirecte étant celle qui est mise en œuvre *exceptionis ope.* Mais cette fin du texte ne contient pas en réalité l'idée fausse qui vient d'être énoncée. Le jurisconsulte formule, en effet, deux propositions différentes : « *Qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat, — nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum* » ; mais il n'établit entre ces deux propositions aucun rapport de causalité. La phrase ne veut pas dire : « toute consommation était directe *car* on ne connaissait pas l'usage des exceptions » ; elle doit être traduite, au contraire, de la façon suivante : « toute consommation était directe, *et d'ailleurs* on ne connaissait pas l'usage des exceptions ».

C'est donc un simple rapprochement d'idées que contient cette double phrase, et un rapprochement aussi superficiel qu'inexact. Sans doute, en effet, les exceptions n'existaient pas au temps de la procédure *per legis actiones,* puisque l'exception, au sens technique du mot, est inséparable de la procédure *per formulas;* mais ce n'est pas à dire qu'aucune voie ne fût ouverte au défendeur par laquelle il pût faire valoir pour sa défense des moyens exceptionnels, du genre même de ceux qu'il aurait mis en œuvre plus tard à l'aide des exceptions, c'est-à-dire des moyens n'impliquant pas contradiction directe des prétentions émises par l'adversaire. Voici comment les choses pouvaient se passer. Quand un demandeur agissait en vertu d'un droit éteint *ipso jure* par une *litis contestatio* antérieure, le défendeur proposait cette extinction comme moyen de défense et obtenait son absolution. Quand, au contraire, le droit n'avait pas été éteint *ipso jure* par la *litis contestatio,* le défendeur, sans prétendre que le droit invoqué n'existât plus, pouvait alléguer utilement que ce droit avait été déduit déjà dans un *judicium imperio continens ;* cette allégation du demandeur était examinée préalablement à l'*actio,* dans une instance particulière sur laquelle le magistrat statuait, en général lui-même, *cognita causa,* et qui aboutissait, si les faits allégués par le défendeur étaient reconnus exacts, à une *denegatio legis actionis*[1]. Le *praejudicium* jouait à cette

[1] Voy. sur cette procédure Keller, *Procédure civile* (traduction Capmas), pp. 153 et 154.

Digitized by Google

époque le rôle qui fut celui de l'*exceptio* dans la période postérieure, et permettait au défendeur d'invoquer à son profit, à côté des moyens de défense proprement dits, ce qu'on a nommé plus tard des exceptions.

La distinction des *judicia legitima* et *imperio continentia* existait donc avant l'introduction légale de la procédure *per formulas ;* mais survécut-elle à cette procédure, et la consommation du droit déduit en justice n'était-elle directe, même aprés la réforme de Dioclétien, que dans les seules instances légitimes ? Deux raisons font penser que la distinction n'était plus faite dans cette période finale. La première, c'est qu'aucun texte se référant à l'époque indiquée ne vise la distinction ; on en chercherait vainement la trace dans les compilations de Justinien, et mention n'en est faite que dans les écrits de jurisconsultes du temps classique. La seconde raison, d'une portée plus étendue, c'est qu'il n'y avait plus, dans le dernier système de procédure, aucun intérêt pratique à distinguer le moyen de défense de l'*exceptio,* puisqu'il n'existait plus de séparation entre le *jus* et le *judicium.* Non seulement alors la consommation du droit par la *litis contestatio* s'opérait d'une manière uniforme dans toutes les instances[1], mais aucune différence ne devait plus être faite à cet égard entre les actions réelles et personnelles, entre les actions *in jus* et *in factum.* C'est l'époque, d'ailleurs, où l'idée d'une consommation du droit par l'effet de la *deductio in judicium* dis-

---

[1] Peut-être la distinction des instances légitimes et illégitimes, si elle était indifférente au point de vue des effets de la *litis contestatio,* offrait-elle encore de l'intérêt quant à la détermination des délais de la péremption d'instance. Voy. Accarias, *Précis* (3e édition), II, pp. 930 et 931. Si la distinction était encore utile à ce point de vue, les *judicia legitima* étaient sans doute ceux où la procédure se poursuivait entre citoyens romains (presque tous les habitants de l'empire avaient cette qualité depuis la constitution fameuse de Caracalla), et dans la ville de Rome ou dans dans un périmètre d'un mille autour de Rome ; le juge était toujours romain, puisque c'était le magistrat lui-même, et il siégeait toujours seul. Jamais, d'ailleurs, ces distinctions ne paraissent avoir été établies au point de vue de la péremption d'instance ; aussi bien n'auraient-elles pu l'être que pendant les cent trente années qui séparent la constitution de Dioclétien sur la réforme de la procédure (année 294) d'une constitution de Théodose le jeune (année 424), dans laquelle cet empereur règle la matière de la péremption d'après des principes nouveaux où la qualité du *judicium* n'a rien à voir. Voy. Accarias, *loc. cit.*

Digitized by Google

paraissait de plus en plus, pour faire place à une théorie nouvelle et plus perfectionnée, celle de l'autorité qui s'attache à la chose jugée[1].

III.

Les interprètes du droit romain sont aujourd'hui très-généralement d'accord pour admettre que la *litis contestatio*, si elle entraîne l'extinction du droit déduit en justice, laisse au moins subsister au profit du demandeur une obligation naturelle[1]; mais cette théorie de l'oblition naturelle qui survit à la *litis contestatio* ne peut être établie d'une façon précise, si l'on ne tient pas compte de la distinction faite entre la consommation directe et indirecte du droit déduit : la survivance d'une obligation naturelle ne se conçoit, en effet, que dans l'hypothèse d'une consommation directe.

Dans cette hypothèse, la *litis contestatio*, produisant son double effet extinctif et créateur, présente de nombreux traits de ressemblance avec la novation, dont elle diffère d'ailleurs sous maints rapports, et notamment à ce point de vue que la novation fait sortir une obligation nouvelle de l'extinction dont elle frappe une obligation préexistante, au lieu que la *litis contestatio*, si elle fait apparaître une créance nouvelle à la place de l'ancienne, n'éteint cette dernière qu'en partie seulement; la créance déduite en justice disparaît en tant que créance civile munie d'action, mais survit sous la forme d'une obligation naturelle. Cela revient à dire que la *litis contestatio*, quand elle éteint *ipso jure* le droit auquel elle s'applique, ne donne pas naissance à deux créances distinctes : une créance civile ayant pour objet un *condemnari oportere*, et une créance naturelle ayant le même objet que l'obligation éteinte par la *deductio in judicium;* la créance naturelle ne prend pas

---

[1] Sur cette substitution d'une théorie nouvelle à l'ancienne, voy. Tardif, *op. laud.*, pp. 171 et 172, pp. 191 et suiv.

[2] Voy. notamment Savigny, *Le droit des obligations* (traduction Gérardin et Jozon, 2e édition), I, pp. 91 et suiv.; — cpr. Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, pp. 362 et suiv.

Digitized by Google

naissance par l'effet de la *litis contestatio,* mais survit au contraire à cette *litis contestatio,* comme le dernier reste d'une obligation civile que la *litis contestatio* n'a pas eu pour effet d'éteindre tout entière. C'est bien sous cet aspect que les textes présentent l'obligation naturelle dont il s'agit; ils ne disent pas que le défendeur devient débiteur naturel, mais qu'il le reste : « *licet absolutus sit debitor, natura tamen debitor permanet*[1] »; ils ne disent pas que la créance naturelle commence d'exister à partir de la *deductio in judicium,* mais qu'elle continue d'exister : « *post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio*[2] ». La créance naturelle n'est pas une créance nouvelle, mais la créance civile elle-même, dépouillée seulement d'un de ses attributs ou de plusieurs par la *deductio* qui en a été faite dans un *judicium legitimum.*

Cette manière de voir étant admise, et personne ne la conteste, il ne peut être question d'une obligation naturelle survivant à la *litis contestatio* que dans les cas où le droit déduit en justice est véritablement éteint; on ne survit qu'à un mort, et, tant que l'obligation civile continue d'exister avec tous ses attributs, l'obligation naturelle n'apparaît pas, puisqu'elle n'est en quelque sorte que l'obligation civile décapitée. Or, ce qui caractérise la consommation indirecte du droit, c'est qu'elle n'est pas, il faut le remarquer, une consommation; le droit subsiste *ipso jure,* c'est-à-dire qu'il pourra servir de base à une condamnation nouvelle si le défendeur, actionné pour la seconde fois, n'a pas soin de proposer avant la *litis contestatio* et de faire insérer dans la formule l'exception *rei in judicium deductae;* cette exception même, bien que proposée en temps utile, peut être paralysée par une *replicatio doli,* dans l'hypothèse où le demandeur qui réitère son action n'aurait échoué dans l'instance première que par suite d'un dol qu'aurait commis le défendeur[3] : preuve manifeste que le droit déduit en justice conserve encore, au moins virtuellement, son efficacité. D'où cette conséquence, qui n'a pas été suffisamment aperçue, que l'obligation naturelle survivant à la *litis contestatio* ne trouve pas sa place dans les hypothèses où le droit n'est éteint que *exceptionis*

---

[1] Paul, frag. 60 pr., *De condictione indebiti,* Dig., XII, 6.
[2] Ulpien, frag. 8 § 3, *De fidejussoribus,* Dig., XLVI, 1.
[3] Paul. frag. 25, *De dolo malo,* Dig., IV, 3.

Digitized by Google

ope[1]. Il est un cas, d'ailleurs, où la solution apparaît avec un caractère particulier d'évidence : c'est celui d'une action réelle; comment comprendre, en effet, qu'une obligation naturelle survive à la *litis contestatio* quand ce ne n'est pas un droit de créance qui a été déduit en justice, et par quelle novation bizarre un droit réel muni d'action pourrait-il être transformé en un droit personnel non susceptible de recevoir une exécution judiciaire ?

Évidente dans l'hypothèse d'une action réelle, la solution ne s'impose pas moins, au nom des considérations les plus simples, quand il s'agit d'une action personnelle où la consommation du droit déduit est indirecte ; mais une remarque importante doit être faite sur cette seconde hypothèse. Quand une créance est éteinte *ipso jure* par la *deductio in judicium*, le demandeur reste titulaire d'une

---

[1] Savigny parait être le seul auteur qui ait eu l'idée de distinguer, au point de vue de l'obligation naturelle survivant à la *litis contestatio*, les deux hypothèses de la consommation directe et indirecte. Voy. *Le droit des obligations* (traduction Gérardin et Jozon, 2e édition), I, pp. 103 à 107. Encore les difficultés que soulève à cet égard la distinction sont-elles à peine indiquées, sans qu'aucune idée nette se dégage des développements très brefs présentés par l'auteur. Tantôt (pp. 103 et 104), il admet qu'il y avait obligation naturelle dans l'une et l'autre hypothèse, mais sans indiquer d'une manière précise les objections auxquelles se heurte cette manière de voir. Tantôt (pp. 103 et 106) il semble pencher vers un système différent, d'après lequel l'obligation naturelle n'aurait existé que dans le cas de consommation indirecte, et voici les deux arguments qu'il présente en faveur de cette opinion : d'une part, la dette étant éteinte *ipso jure* quand il y a consommation directe, on se demande comment cet effet pouvait se concilier avec la persistance d'une obligation naturelle ; d'autre part, la consommation n'était jamais qu'indirecte au temps de Justinien, et, si les compilations de ce prince parlent encore d'une obligation naturelle existant après la *litis contestatio*, c'est que cette obligation naturelle existait en cas de consommation indirecte. La réfutation du premier argument est contenue tout entière dans l'idée exposée ci-dessus, savoir que l'obligation naturelle est comme le résidu de l'obligation civile éteinte *ipso jure ;* quant au second argument, il suffit, pour en apercevoir la très faible valeur, de songer au grand nombre d'institutions anciennes dont la mention subsiste au Digeste bien qu'elles fussent depuis longtemps tombées en désuétude au moment où fut composé ce recueil. La seule chose intéressante à noter, dans ces pages de Savigny, c'est l'indication d'une *Dissertatio de obligationis civilis in naturalem transitu* (Leipzig, 1843), dans laquelle Pfordten, aux pages 140 à 153, semble n'avoir admis l'existence d'une obligation naturelle que dans le cas d'une consommation indirecte ; je n'ai malheureusement pas pu me procurer ce volume et connaitre les raisons que fait valoir l'auteur à l'appui de cette solution.

Digitized by Google

créance naturelle, conférant à celui qui en est investi tous les avantages que pourrait conférer une créance civile, à l'exception du droit de poursuivre en justice le débiteur pour obtenir paiement[1] ; or la créance naturelle, ainsi comprise, apparaît comme presque identique à une créance civile déduite *in judicium* et seulement éteinte *exceptionis ope :* comme la créance naturelle, la créance civile dont il s'agit confère toutes les prérogatives qui s'attachent à la qualité de créancier, sauf toujours le droit d'agir; et la question se pose alors de savoir si l'opposition qui vient d'être établie entre la créance naturelle et la créance civile indirectement consommée n'est pas dénuée de toute espèce d'intérêt.

Cet intérêt est double, et se présente d'abord au point de vue de la procédure. Quand un créancier n'ayant plus qu'une créance naturelle intente une nouvelle action, le débiteur écarte la demande formée contre lui par un moyen de défense, qui peut être proposé pour la première fois devant le *judex ;* quand, au contraire, l'action nouvelle est introduite par un créancier dont le droit a été consommé d'une manière indirecte, le défendeur ne peut détourner la poursuite que par la voie d'une exception, et cette exception doit être proposée, à peine de déchéance, devant le magistrat. De ce principe élémentaire découle la conséquence suivante, indiquée par avance. Quand un demandeur a échoué dans une première instance par suite d'un dol dont s'est rendu coupable le défendeur, deux voies différentes lui sont ouvertes pour échapper aux conséquences fâcheuses résultant pour lui de ce dol : l'action et la réplique de dol; si le demandeur a consommé son droit d'une manière indirecte, il renouvelle son action, et paralyse par la *replicatio doli* l'exception *rei in judicium deductae* qu'invoque contre lui le défendeur; si, au contraire, le demandeur a consommé directement son droit, le défendeur écarte toute action nouvelle en opposant comme moyen de défense la consommation du droit, et le demandeur ne peut saisir la justice du dol commis à son égard que par une action principale intentée dans ce but, l'action *de dolo*[2].

---

[1] Voy. l'indication des principaux effets qui découlent de l'obligation naturelle survivant à la *litis contestatio* dans Machelard, *op. laud.*, p. 376.

[2] C'est la solution que présente Paul dans le passage déjà cité, qui forme le fragment 25 au Digeste, *De dolo malo*. L'explication de ce texte assez difficile est donnée d'une façon complète par Machelard, *op. laud.*, pp. 406 et suiv.

Digitized by Google

Le second intérêt qu'offre la distinction entre la créance naturelle et la créance civile éteinte *exceptionis ope* se présente à propos de la *condictio indebiti*. Quand un débiteur, tenu d'une dette naturelle, a payé par erreur, il ne peut pas répéter ce qu'il a payé, n'ayant pas fait, au sens propre des mots, un paiement indu ; la répétition demeure toujours possible, au contraire, quand un débiteur a payé pour s'acquitter d'une obligation éteinte *exceptionis ope* par l'effet de la *litis contestatio :* en effet, l'exception *rei in judicium deductae* est une exception perpétuelle, et c'est un principe qu'il y a paiement indu non seulement lorsque la dette est éteinte *ipso jure,* mais aussi lorsque, cette dette existant encore *ipso jure,* le débiteur est armé d'une exception perpétuelle au moyen de laquelle il peut paralyser la poursuite du créancier [1]. Aucun texte n'indique cette solution, qui paraît bien pourtant commandée par la logique la plus élémentaire, et qui, d'ailleurs, ne laisse pas d'être un peu surprenante, car elle conduit à cette conclusion : la consommation directe du droit déduit en justice, qui paraît devoir être plus radicale que la consommation indirecte, produit cependant des effets moins complets, puisque la créance consommée directement peut encore servir de base à un paiement valable, au lieu que le paiement est regardé comme indu quand il est fait en exécution d'une créance indirectement consommée.

---

[1] Fragment 26 § 3, *De condictione indebiti,* XII, 6.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google